

Oberlandesgericht Bamberg

Az.: 3 UKI 4/24 e



In Sachen

Pro Rauchfrei e. V., vertreten durch d. Vorstand, Leopoldstraße 104, 80802 München
- Antragsteller -

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt **Wiesheier** Wolfgang, Königstraße 132, 90762 Fürth, Gz.: 1914

gegen

tegut... gute Lebensmittel GmbH & Co. KG, vertreten durch d. Geschäftsführer, Gerloser
Weg 72, 36039 Fulda
- Antragsgegnerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **Arnold & Ruess**, Königsallee 59a, 40215 Düsseldorf, Gz.: PR00144/24

wegen Unterlassung

erlässt das Oberlandesgericht Bamberg - 3. Zivilsenat - durch den Vorsitzenden Richter am
Oberlandesgericht Sellnow, den Richter am Landgericht Dr. Müller-Teckhof und den Richter am
Oberlandesgericht Gallhoff am 26.02.2024 wegen Dringlichkeit gemäß § 937 Abs. 2 ZPO folgen-
den

Beschluss

1. Der Antragsgegnerin wird geboten, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr Tabak-
produkte, nämlich Zigaretten, so zum Verkauf anzubieten, dass statt der Produktverpa-
ckung Abbildungen der Verpackung ohne gesundheitsbezogene Warnhinweise präsentiert
werden, wenn dies geschieht wie in der nachfolgend wiedergegebenen Abbildung:



2. Der Antragsgegnerin wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen das Gebot in 1. ein Ordnungsgeld bis zu 250.000,00 Euro, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis

zu 6 Monaten, angedroht.

3. Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.
4. Der Streitwert wird auf 20.000,00 € festgesetzt.

Gründe

I.

Der Antragsteller verlangt von der Antragsgegnerin mit dem am 02.02.2024 beim LG Nürnberg-Fürth eingegangenen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung die Unterlassung der tenorierten Werbung. Im Einzelnen beanstandet der Antragsteller, dass die Antragsgegnerin Zigaretten an Kunden über einen Ausgabeautomaten verkauft, ohne dass in ausreichender Form gesundheitsbezogene Warnhinweise angebracht seien. Die von der Antragsgegnerin angebrachten Hinweise bestehen daraus, dass am unteren Bereich des Automaten ein Aufkleber aufgebracht ist, auf dem es heißt: "Packungen im Automaten tragen den aktuellen grafischen Warnhinweis. Beispiel siehe unten." Unter dieser Aufschrift ist ein Beispiel eines kombinierten gesundheitlichen Warnhinweises aufgedruckt. Dies wurde durch den Zeugen Kuntnowitz am 01.02.2024 bei einem Besuch der Filiale der Antragsgegnerin in der Gustav-Shickedanz-Str. 2 in Fürth festgestellt.

Der Antragsteller verlangte deshalb von der Antragsgegnerin die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung. Dies wies die Antragsgegnerin mit Schreiben ihrer Prozessbevollmächtigten vom 22.01.2024 zurück. Mittlerweile am 05.02.2024 hat die Antragsgegnerin eine Unterlassungserklärung abgegeben, jedoch nicht in der vom Antragsteller gewünschten Form. Sie beschränkt sich darauf, dass es die Antragsgegnerin ab sofort bei Meidung einer angemessenen Vertragsstrafe unterlässt, im geschäftlichen Verkehr Tabakprodukte, nämlich Zigaretten, wie in der Abbildung im Beschlusstenor dargestellt anzubieten (Anlage AR01). Ebenso hat sie in ihrer Filiale in Fürth die Warnhinweise geändert.

II.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist zulässig und begründet. Der Antragsgeg-

nerin ist die Verwendung von Abbildungen von Zigarettenverpackungen ohne gesundheitsbezogene Warnhinweise zu verbieten.

1. Dem Antragsteller steht ein Verfügungsanspruch zur Seite.

a) Der Antragsteller ist aktivlegitimiert im Sinne von § 3 Abs. 1 UKlaG.

b) Der tenorierte Unterlassungsanspruch folgt aus § 2 Abs. 1 S. 1 UKlaG in Verbindung mit Art. 8 RL 2014/40/EU, § 11 TabakerzV.

aa) Nach diesen Vorschriften sind Zigarettenpackungen mit gesundheitsbezogenen Warnhinweisen zu versehen. Dies gilt auch für Bilder von Packungen (Art. 8 Abs. 8 RL 2014/40/EU, § 11 Abs. 2 TabakerzV).

Die vom Verbraucher auf dem Ausgabeautomaten zu betätigenden Auswahltasten stellen vorliegend keine naturgetreuen Bilder von Zigarettenpackungen dar. Sie sind jedoch hinsichtlich Markenlogo, Proportion, Farbgebung und Dimensionierung wie Zigarettenpackungen ohne Warnhinweise gestaltet und können beim Kunden die Erinnerung an eine Zigarettenpackung hervorrufen. Dies genügt den Anforderungen an das Bild einer Packung im Sinne von Art. 8 Abs. 8 RL 2014/40/EU bzw. der Abbildung einer Packung gemäß § 11 Abs. 2 TabakerzV. Daher müssen diese die nach Art. 8 Abs. 1 RL 2014/40/EU, §§ 11 Abs. 1, 12ff. TabakerzV erforderlichen Warnhinweise tragen. Ohne vorgeschriebenen gesundheitsbezogenen Warnhinweise ist die Verwendung von für Verbraucher in der Union bestimmten Bildern untersagt, unabhängig von einem Verkaufsvorgang, der die Erzeugnisse betrifft, auf die sich diese Bilder beziehen. Das Bild einer Zigarettenpackung, auf der nicht die gesundheitsbezogenen Warnhinweise zu sehen sind, ist daher selbst dann nicht mit Art. 8 Abs. 8 RL 2014/40/EU vereinbar, wenn der Verbraucher vor dem Erwerb der Zigarettenpackung die Gelegenheit hat, diese Warnhinweise auf der dem Bild entsprechenden Zigarettenpackung wahrzunehmen (BGH GRUR 2023, 1704 Rn. 39ff. -Zigarettenausgabeautomat III-).

bb) Die am 01.02.2024 festgestellte Beschriftung auf den Zigarettenautomaten in der Filiale der Antragstellerin genügt diesen Anforderungen nicht, weil auf den dort verwendeten Abbildungen der Verpackungen die nach §§ 11 ff, TabakErzV erforderlichen gesundheitsbezogenen Warnhinweise fehlen. Daher ist der Antragsgegnerin der Verkauf von Tabakprodukte, nämlich Zigaretten, insoweit zu verbieten.

c) Die nach §§ 5 UKlaG, 8 Abs. 1 UWG zu vermutende Wiederholungsgefahr wird auch nicht durch die Abgabe der Unterlassungserklärung vom 05.02.2024 beseitigt.

aa) Die von der Antragsgegnerin abgegebene Unterlassungserklärung beschränkt sich ausdrücklich darauf, dass die Antragsgegnerin zukünftig keine Zigaretten, wie in der Abbildung im Beschlusstenor dargestellt, anbietet (Anlage AR01). Damit hält sich die Antragsgegnerin die Möglichkeit offen, Tabakerzeugnisse in anderer Weise anzubieten, auch wenn dort ebenfalls die gesundheitsbezogenen Hinweise fehlen. Das Angebot der Antragsgegnerin ohne diese Hinweise stellt jedoch genau den Kern des Unterlassungsbegehrens des Antragsgegners dar, den die Antragsgegnerin mit der abgegebenen Unterlassungserklärung nur für den geringen Teilbereich des Angebots am in der Filiale in Fürth festgestellten Angebots 02.01.2024 ausräumt. Dies genügt nicht, um die Wiederholungsgefahr zu beseitigen.

bb) Aus demselben Grund vermag der Senat auch keinen Rechtsmissbrauch zu erkennen. Die Antragsgegnerin sieht auf der Grundlage der Vorschrift des § 8c Abs. 2 Nr. 5 UWG einen Rechtsmissbrauch des Antragstellers darin, dass die geforderte Unterlassungserklärung über den tatsächlichen Sachverhalt hinausgehe. Dies ist jedoch aus den dargestellten Gründen nicht der Fall.

3. Der Antragsteller kann sich auch auf einen Verfügungsgrund stützen. Die Antragsgegnerin hat die sich aus § 5 UKlaG in Verbindung mit § 12 Abs. 1 UWG ergebene Vermutung der Dringlichkeit nicht widerlegt.

a) Der Senat unterstellt den Vortrag der Antragsgegnerin als richtig, dass der Antragsteller seit Jahren Kenntnis davon habe, dass die Märkte und damit auch die Zigarettenausgabe gewisser Handelsketten gleich aufgebaut seien, aber nun nachträglich wiederholt dieselben Gegner mit Abmahnungen und Verfahren überziehe. Dies widerlegt jedoch nicht die Dringlichkeitsvermutung.

aa) Die Dringlichkeitsvermutung wäre dann widerlegt, wenn der Antragsteller durch sein Verhalten zu erkennen geben hätte, dass es ihm mit der Rechtsverfolgung nicht eilig ist. Anknüpfungspunkt für die Dringlichkeit ist die Kenntnis von denjenigen Tatsachen, die den Verstoß gegen verbraucherschützende Vorschriften begründen (Köhler/Bornkamm/Feddersen, 42. Aufl. 2024, UWG § 12 Rn. 2.15a). Nach dem glaubhaft gemachten Vortrag des Antragstellers war dies vorliegend am 02.01.2024 der Fall. Eine frühere Kenntnis des Antragstellers wird durch den vorstehend dargestellten Vortrag der Antragsgegnerin nicht belegt. Er enthält insbesondere nicht die Behauptung, dass sich die jahrelange Kenntnis des Antragstellers von der Art und Weise der Zigarettenausgabe auch auf die Märkte der Antragsgegnerin bezieht. Der Antragsteller musste von dieser auch nicht wissen, weil es eine allgemeine Marktbeobachtungspflicht nicht gibt (Senat, WRP 2014, 609; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 31.08.2020 – 6 W 85/20).

bb) Selbst wenn der Antragsteller von der Nutzung der Automaten in den Märkten der Antragsgegnerin ohne entsprechende gesundheitsbezogenen Hinweise gewusst hätte, würde dies angesichts der Besonderheiten des Einzelfalls die Dringlichkeitsvermutung nicht beseitigen.

(1) Zunächst ist festzuhalten, dass der Antragsteller bereits seit geraumer Zeit gegen die Art und Weise der auch hier streitgegenständlichen gesundheitsbezogenen Hinweise bei Zigarettenautomaten vorgeht. Die Rechtslage war jedoch bis zur Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 26.10.2023 umstritten; ein Verstoß gegen gesundheitsbezogene Vorschriften wurde sogar durch die Vorinstanz (OLG München, Urt. v. 25.7.2019 – 29 U 2440/18) verneint. Dieser ist erst durch die genannte Entscheidung des Bundesgerichtshofs nach zweimaliger Vorlage beim EuGH bestätigt worden. Der Antragsteller, der sich zunächst auf das ordentliche Verfahren eingelassen hat, darf jedoch damit nicht auf Dauer den Verfügungsgrund für diesen Anspruch einbüßen; eine längere Prozessdauer als solche schließt die Dringlichkeit nicht aus (OLG Köln, GRUR 1977, 220 mwN). Bereits aus diesem Grund ist auch vorliegend die Dringlichkeit nicht widerlegt.

(2) Im Übrigen kann die Dringlichkeit neu entstehen, wenn sich die Umstände wesentlich ändern. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn eine neue Verletzungssituation vorliegt oder der Verletzer sein Verhalten intensiviert (OLG Düsseldorf, GRUR-RR 2014, 273; OLG Koblenz GRUR 1995, 499; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Retzer, 5. Aufl. 2021, UWG § 12 Rn. 98).

Seit dem Zeitpunkt der Verkündung des oben genannten Urteils des Bundesgerichtshofs herrscht für die Handelsketten, die derartige Automaten nutzen und also als Anbieter betroffen waren, Rechtsklarheit mit der Folge, dass sie positive Kenntnis davon haben, dass sie ihr Angebot entsprechend den Vorgaben des Bundesgerichtshofs zeitnah anpassen müssen. Die gebotene Umsetzung hat die Antragsgegnerin jedoch verabsäumt. Damit stellt sich die Verletzungssituation in anderer, gesteigerter Qualität dar als vorher, weil die Antragsgegnerin nunmehr eine klare gesetzliche Vorgabe in positiver Kenntnis von der Illegalität ihres Handelns ignoriert. Die Dringlichkeit muss deshalb vorliegend nicht allein an der Kenntnis eines Verstoßes als solchem, sondern an der Kenntnis der Versäumung der seit dem 26.10.2023 zwingend gebotenen Umstellung anknüpfen.

b) Der Antragsteller hat auch nicht durch zu langes Zuwarten die Dringlichkeit widerlegt. Die hier gegebene Zeitspanne von einem Monat zwischen Bekanntwerden des Verstoßes und der Bean-

tragung der einstweiligen Verfügung ist in Anbetracht der Tatsache, dass der Antragsteller sich zunächst außergerichtlich bei der Antragsgegnerin um eine Unterlassungserklärung bemüht hat, nach der ständigen Rechtsprechung des Senats als unschädlich anzusehen.

4. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO, die Festsetzung des Streitwerts §§ 5 Abs. 1 UklAG, 51 Abs. 2, Abs. 4 GKG.

gez.

Sellnow
Vorsitzender Richter
am Oberlandesgericht

Dr. Müller-Teckhof
Richter
am Landgericht

Gallhoff
Richter
am Oberlandesgericht



Für die Richtigkeit der Abschrift
Bamberg, 28.02.2024

Popp, JOSekr`in
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle